

O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Lísia Carla Vieira Rodrigues

Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá. Professora da EMERJ e dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá.

I - INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, obra idealizada por Clóvis Bevilácqua, refletia os ideais do século XIX, em que os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do "pacta sunt servanda" estavam no seu apogeu, possuindo tal diploma caráter extremamente individualista e conservador, além de privilegiar o sujeito de direito como titular de um patrimônio imobiliário.

Deixou, pois, a anciã codificação civil de ressaltar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais ao abordar a questão patrimonial, mostrando-se compatível com as legislações erigidas no século XIX, tais como os códigos Napoleônico e o Alemão, os quais vivenciavam o Estado Liberal de Direito, ao defender os interesses da burguesia, que passava a ter força econômica.

Cite-se, na oportunidade, a lição do Prof. Luis Edson Fachin:

O Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo. Aquele projeto está assentado num

*contexto que não o atual, mas sim nos valores imanes do passado e alguns do começo desse século; é, pois, um Código coerente com o sentido do individualismo jurídico, ou seja, um tipo cuja preocupação é a de dar conta do indivíduo, ou ainda, do sujeito de direito em relação a cada um desses três pilares; isto é, do sujeito que contrata, que se obriga, que vai adimplir com as obrigações assumidas, que pode estar em mora, que vai responder pela mora na **perpetuatio obligationis**, enfim, vai responder com todas as consequências das obrigações, o sujeito que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte, como prevê o artigo 1626 do Código Civil Brasileiro.¹*

Saliente-se que o antigo código esperava ser a verdadeira "constituição" do direito privado, disciplinando as relações jurídicas civis de forma casuística, com a pretensão de solucionar as diversas situações que poderiam envolver os sujeitos de direito.

A evolução por que passou o mundo, no entanto, exigiu profundas modificações no antigo diploma civil e na legislação privada extravagante.

Operou-se a revolução industrial, que acarretou o desenvolvimento dos meios de produção, das instituições financeiras e do mundo dos negócios. A indústria, de artesanal que era, passou a lançar em massa produtos no mercado, cuja distribuição coube a empresas diversas do fabricante, que igualmente trabalhavam em massa, visando atender às necessidades de milhões de habitantes.

Desta forma, as relações contratuais tiveram que se adequar à velocidade da vida moderna, mostrando-se raras as avenças cujas cláusulas eram amplamente discutidas entre as partes. Em consequência, surgiram os chamados contratos de adesão, elaborados pelos fornecedores de produtos e serviços e simplesmente "firmados" pelo consumidor, que muitas vezes sequer os lia ou compreendia o seu significado.

¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

A velha fórmula adotada pelo Código Civil de 1916 não mais atendia aos reclamos da sociedade, já que se tornara obsoleta para disciplinar a relação consumerista, face à notória fragilidade do consumidor frente aos grandes grupos econômicos que com ele negociavam.

Tal constatação levou o constituinte de 1988 a determinar no art. 5º, inciso XXXII, que *o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do consumidor*, estabelecendo, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prazo para que fosse promulgado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor inegavelmente aumentou a consciência dos destinatários finais da relação de consumo, ao cobrar dos responsáveis pela produção e serviços uma atuação eficiente, acarretando, ainda, maior procura pela manifestação do Poder Judiciário nas lides desta ordem, em especial pela mudança no enfoque da reparação civil.

Lembre-se que o supracitado codex alterou profundamente o sistema da reparação dos danos causados nas relações de consumo, já que, anteriormente à sua edição, deveria o lesado provar a culpa do fornecedor de produtos e serviços, o que, normalmente, deixava de gerar qualquer indenização, pela total impossibilidade de fazê-lo.

Há de ser feita honrosa menção, ainda, aos Juizados Especiais Cíveis que, como facilitadores do acesso à Justiça, contribuíram de forma decisiva no sentido do ressarcimento dos danos gerados aos consumidores por vício ou fato do produto ou do serviço.

Suprindo as lacunas e deficiências do antigo regime civil, surgiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ocorre que o Código Civil de 1916 mostrava-se insuficiente para disciplinar as demais relações jurídicas de natureza privada, já que fulcrado em princípios e valores dominantes no século XIX, totalmente diversos daqueles adotados pela atual sociedade brasileira.

De uma concepção individualista das relações contratuais e de propriedade, necessitava-se da finalidade social e ética na administração do patrimônio e na celebração do contrato; exigia-se, pois, uma lei civil que atentasse mais para a realidade do que para categorias ideais e abstratas, que tudo abarcavam.

Ainda aqui, há de ser mencionada a lição do Prof. Luiz Edson Fachin:

À época da elaboração do Código Civil (1916) estava em conflito um conjunto de idéias que permite afirmar-se que ele não foi, em sua derradeira formulação, obra e graça da palavra intelectual de um homem insular, mas um produto de valores dominantes. O Código deveria servir a um determinado modelo de relações jurídicas que envolviam o chamado "homem privado". Poder-se-ia ter elaborado um Código que pretendesse ser instrumento da solidariedade social. Tal concepção, caso houvesse sido adotada em sua elaboração, seria algo completamente diverso da chamada "Constituição do homem privado." Dizendo-se "homem privado", coloca-se em primeiro plano o indivíduo, isoladamente considerado, estatuidando-se um sistema centrado em categorias e abstrações, terreno fértil para o debate estéril.²

Numa tentativa de modernizar a legislação civil, entrou em vigor em janeiro de 2003 a Lei 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, como resultado do Anteprojeto elaborado por uma Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale.

Apresenta o novo diploma civil cinco livros, quais sejam: parte geral; obrigações e contratos; coisas; família e sucessões. Não é demais destacar que o Anteprojeto de Lei foi elaborado em 1975, abrangendo matérias hoje disciplinadas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor no que se refere às relações de consumo.

Os elementos de convergência e divergência dos diplomas legais supracitados é matéria que vem merecendo destaque na doutrina brasileira, em especial pela chance de se apresentarem soluções contraditórias para problemas aparentemente abraçados pelas duas legislações.

O presente artigo pretende analisar os aspectos gerais norteadores das duas leis e, a seguir, a relação que entende deva ser estabelecida entre elas.

² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

1 - Aspectos Gerais da Proteção ao Consumidor

A proteção ao consumidor atende ao mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna:

Art. 5º

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

E por que defesa?

Porque, inegavelmente, o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo.

É o consumidor que irá firmar contratos de adesão, muitas vezes em seu prejuízo. É o consumidor que sofrerá os aborrecimentos causados pela aquisição de um eletrodoméstico defeituoso ou por uma viagem mal sucedida, temperada de situações constrangedoras e frustrações.

Frise-se a redação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual determinou que o Congresso Nacional, em cento e vinte dias da promulgação da Lei Maior, elaborasse tal codex, apresentando-se o art. 5º, XXXII, como norma de eficácia limitada.³

Mas não é só.

No capítulo destinado à ordem econômica e financeira, estabeleceu a Magna Carta, no art. 170, inciso V, que a defesa do consumidor fosse incluída entre os princípios gerais da atividade econômica, ao lado da soberania nacional, da função social da propriedade e da livre concorrência.

Merece destaque o art. 24, inciso VIII da Constituição, que determinou que a União, o Estado, e o Distrito Federal legislassem concorrentemente quanto à responsabilidade por dano ao consumidor.

³ Segundo José Afonso da Silva as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte. O art. 5º, inciso XXXII da Constituição é considerado norma constitucional de princípio e eficácia limitada, por deixar a defesa do consumidor ser regulamentada pela lei ordinária.

Citem-se, na oportunidade, o art. 150, parágrafo 5º, da Magna Carta, determinando à lei medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços, além do art. 175, parágrafo único, inciso II da Lei Maior, que deixa para a lei a regulamentação do direito dos usuários dos serviços públicos, em última análise, do direito dos destinatários finais dos serviços públicos.

Não é demais ressaltar que a Constituição Brasileira visa a concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais, haja vista a redação dos arts. 3º, 5ª, 7º, os quais asseguram ao cidadão meios de fazê-los valer no caso de descumprimento, inclusive pelo próprio Estado. Possui, desta forma, perspectiva dirigente-compromissária, no dizer do Prof. Lênio Luiz Streck:

*Não podemos esquecer, destarte, que a tradição (...) nos lega a noção de Estado Democrático de Direito, representada pela idéia de que este se assenta em dois pilares: direitos fundamentais-sociais e democracia. Dito de outro modo, a Constituição dirigente-programática-compromissória é condição da possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais- fundamentais previstos no texto constitucional. Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?*⁴

Tais dispositivos seriam impensáveis, por exemplo, à época do Estado liberal, em que a Constituição apenas limitava a ação estatal, sendo as codificações, em especial o Código Civil, o centro de todo o sistema jurídico. Neste passo, cumpre mencionar a lição da Prof. Cláudia Lima Marques:

O intervencionismo estatal, a publicização do Direito privado no século XX e a idéia de Estado Social resultaram no reco-

⁴ Streck, Lênio Luiz. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil", In: STRECK, Lênio Luiz e outros, **A Constitucionalização do Direito**, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

*nhecimento de uma função positiva da Constituição, a determinar não só a abstenção do Estado, mas sua ação, a transfigurar e impregnar como medida normativa todo o sistema do Direito. Atualmente, não há mais dúvidas de que a Constituição representa a norma máxima, o centro do próprio sistema do direito brasileiro. Sendo assim, é lógico que a Constituição, norma hierarquicamente superior, sirva de guardião e de centro do próprio sistema do direito brasileiro. Estas linhas mestras constituem a ordem pública de um país, a influenciar todas as leis daquele sistema de direito.*⁵

Logo, apresenta a Carta Magna caráter programático, ao determinar ações governamentais no sentido da efetivação dos direitos individuais e sociais nela previstos.

Deve ser citado, neste passo, o princípio da dignidade da pessoa humana, base de toda a ordem jurídica nacional, insculpido no art. 1º, inciso III da Magna Carta.

Tal princípio inibe a ação do Estado atentatória ao indivíduo, a qual se manifesta não apenas por atos de violência, tortura e desrespeito aos direitos humanos, mas também pela falta da promoção dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação e à proteção ao consumidor.

A proteção e defesa do consumidor surge, pois, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamentará os direitos e garantias individuais, os direitos sociais, econômicos e culturais, figurando como o centro de toda a ordem constitucional. Trata-se de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que pretende satisfazer uma necessidade humana básica - a necessidade de consumo em uma sociedade de consumo.⁶

É o direito do consumidor tido como direito humano fundamental e, segundo a classificação de Robert Alexy, figura-se como

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

direito de proteção, pelo qual o titular do direito vai exercitá-lo perante o Estado para ser protegido da intervenção de terceiros, ou seja, dos entes privados e, excepcionalmente, do próprio Estado.⁷

O caráter constitucional do direito do consumidor é nítido, já que a proteção à parte mais fraca da relação consumerista foi erigida à categoria de direito fundamental, consoante o já mencionado inciso XXXII do art. 5º da Lei Maior.

Há de ser lembrado, nessa oportunidade, o ensinamento do Prof. Sergio Cavalieri Filho:

*O que fez a Constituição para possibilitar a criação desse novo direito? Está lá no seu art. 5º, XXXII. A Constituição - e este é um ponto fundamental - separou as relações de consumo do universo das relações jurídicas e as destinou ao Código do Consumidor. Esse, destarte, é o campo de incidência do Código do Consumidor - as relações de consumo qualquer que seja o ramo do direito onde elas venham a ocorrer - público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual. E hoje, sabemos todos, tudo ou quase tudo tem a ver com consumo: saúde, habitação, vestuário, alimentação, transporte, educação, segurança, tudo. Somos hoje cento e sessenta milhões de consumidores gerando diariamente outros tantos milhões de relações de consumo.*⁸

Pode-se dizer que a proteção ao consumidor tem por objetivo igualar uma relação jurídica que já nasce com altas doses de desigualdade, visto que uma das partes, em geral pessoa física, passa a negociar com grandes empresas, por óbvio dotadas de elevada suficiência de capital. Em consequência desta posição de vulnerabilidade, a lei consumerista fixa parâmetros para restabelecer o equilíbrio entre os participantes do negócio jurídico, como, por exemplo, os direitos estabelecidos no art. 6º e as disposições do art. 51, os quais alteraram profundamente a disciplina dos contratos.

⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental - Consequências Jurídicas de um conceito". **Revista de Direito do Consumidor**, jul./set. 2002.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. "O direito do consumidor no limiar do século XXI". **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 2, abr./jun. 2000.

Salientem-se as observações dos Profs. Ada P. Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

*Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o marketing. É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa, quando se sabe que esta fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.*⁹

Os direitos do consumidor tiveram por base a Resolução nº 39/248, de 09 de abril de 1985, da Assembléia-geral da Organização das Nações Unidas, possuindo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor influência francesa, através do *Projet de Code de la Consommation*; espanhola (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei nº 26/1984); portuguesa (Lei nº 29/81, de 22 de agosto); mexicana (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e canadense (*Loi sur la Protection du Consommateur - Quebec*, promulgada em 1979).¹⁰

No que se refere aos aspectos da publicidade e da responsabilidade civil pelos acidentes do consumo, foi marcante o direito co-

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

munitário europeu (Diretivas 84/450 e 85/374) e, quanto às cláusulas gerais de contratação, louvaram-se os autores do anteprojeto na lei consumerista portuguesa (Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro) e alemã (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz, de 09 de dezembro de 1976). A legislação norte-americana foi, outrossim, utilizada, através dos Federal Trade Commission Act, Consumer Product Safety Act, Truth in Lending Act, Fair Credit Reporting Act, fair Debt Collection Practices Act.¹¹

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui normas de ordem pública e interesse social, como consta do seu art. 1º, insuscetíveis de serem modificadas por convenção entre as partes. Admite, no art. 107, que entidades civis de consumidores, de associações de fornecedores e sindicatos de categoria econômica regulem, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo, tornando-se a convenção obrigatória aos signatários a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. Frise-se que o acordo terá por objeto apenas as matérias elencadas no art. 107, obedecidas as disposições da legislação consumerista.

Havia no passado grande discordância entre os doutrinadores quanto à aplicabilidade da Lei 8078/90 aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor. No início da vigência do citado diploma legal, o predominante entendimento do Superior Tribunal de Justiça era no sentido da sua incidência imediata às avenças de execução continuada ou de trato sucessivo, face ao caráter cogente das suas normas, consideradas de direito econômico (Recurso Especial 2595-SP).¹²

Ocorre que tal posicionamento modificou-se com o decorrer do tempo, encontrando-se em sentido oposto à hodierna orientação desta Egrégia Corte de Justiça, como se constata dos acórdãos abaixo citados:

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - IRRETROATIVIDADE - PRECEDENTES.

I - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Segundo os precedentes desta Corte, o só fato de se constituir lei de ordem pública é insuficiente para se admitir a retroatividade, em razão da própria suspensividade contida na legislação consumerista, que determinou sua entrada em vigor para cento e oitenta dias após a sua edição.

II - A Lei nº 9.298, de 01/08/96, que alterou o artigo 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, devendo prevalecer a multa contratada de 10% (dez por cento), nos limites constantes do próprio Código de Defesa do Consumidor, em sua redação original (STJ - 3ª Turma - AGRESP 489858/SC - Rel. Min. Castro Filho).¹³

CIVIL E PROCESSUAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA CLÁUSULA PENAL. PACTO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.078/90. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. AÇÃO IMPROCEDENTE.

I - Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a contrato celebrado antes da sua vigência, pelo que a cláusula penal que prevê a perda da totalidade das parcelas pagas contratada antes da entrada em vigor da Lei 8.078/80 não pode ser afastada com base em tal diploma, anotado que não constituiu objeto da controvérsia a incidência do art. 924 da lei substantiva pretérita ao caso.

¹³ Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 12 de março de 2004.

*II - Recurso especial conhecido e provido (STJ - 4ª Turma - RESP 62668/MG - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).*¹⁴

Ao estabelecer normas incidentes sobre a política nacional de consumo protetivas da parte mais fraca da relação jurídica consumerista, não pretendeu a Lei 8.078/90 valer-se da perfeita e absoluta adequação do fato à norma, utilizada pela anciã legislação civil, que tinha como ideal a regulamentação de todas as relações jurídicas que pudessem ser praticadas pelos atores da vida em sociedade, erigidos à condição de sujeito de direito.

Valeu-se o código consumerista, ao revés, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, preferindo deixar ao magistrado um juízo de valor quando da aplicação da lei. Exige, pois, a Lei 8.078/90 que o julgador complete a norma, num sistema de permanente construção, a partir dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

A norma autoriza o magistrado a se reportar a outras do próprio sistema ou a conceitos ou valores sociais, usos e costumes aceitos numa determinada época, para realimentá-la. Por óbvio, à medida em que os valores sociais mudam, a interpretação da regra igualmente se modifica.

Como exemplo de cláusula geral, cite-se o art. 7º da legislação consumerista, determinando que os direitos previstos no código não excluirão aqueles decorrentes dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade - mutáveis de acordo com o momento em que serão utilizados.

O art. 8º do mesmo codex também é considerado cláusula geral, já que os riscos normais e previsíveis e as informações necessárias e adequadas aos produtos e serviços serão delimitados pelo magistrado de acordo com a hipótese concreta que lhe foi submetida e na forma das condições de tempo e lugar de onde se passaram os fatos.

De forma semelhante atuam os conceitos jurídicos indeterminados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, citando-se, como exemplo, o 51, inciso IV:

¹⁴ **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 02 de dezembro de 2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 12 de março de 2004.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
(...)

Trata-se, na verdade, de conceito jurídico indeterminado, eis que a nulidade da avença foi pré-estabelecida pelo legislador, restando ao magistrado apenas uma atividade interpretativa, no sentido de verificar se ocorreu a violação à boa-fé ou à equidade; diversamente dos exemplos anteriores, cláusulas gerais, onde há grande margem à ação do juiz, que deverá pesquisar a jurisprudência e a doutrina para criar o regramento aplicável ao caso concreto, já que a lei deixou de estabelecer as consequências para a sua violação.¹⁵

As obrigações consideradas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade serão estabelecidas pelo julgador de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com as noções de boa-fé e equidade vigentes ao tempo da aplicação.

A respeito do tema, é esclarecedora a lição do Prof. Sergio Cavalieri Filho:

O uso da cláusula geral foge aos parâmetros das normas tipificadoras de condutas, transferindo para o juiz a tarefa de elaborar a norma de comportamento adequada para o caso. Na ótica do eminente Ministro Ruy Rosado, externada em brilhante palestra proferida para os magistrados fluminenses, "a cláusula geral contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomen-

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

dem. Em síntese, na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras) e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso."

Os conceitos abertos também transferem para o juiz a tarefa de valorar a norma que deverá ser aplicada de acordo com padrões éticos dominantes. É o que ocorre, por exemplo, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verdadeiras vedetes do direito constitucional moderno. O que é razoável? O que é proporcional? O que é abusividade e vulnerabilidade? São conceitos que exigem um juízo de valor em face da situação concreta, em busca da melhor e mais justa solução para o conflito em julgamento.¹⁶

2 - Aspectos Gerais do Novo Código Civil

Em janeiro de 2003 passou a vigorar a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, cujo anteprojeto de lei foi encaminhado pelo Ministro da Justiça Armando Falcão, à época, ao Presidente da República, através da mensagem número 160, de junho de 1975, sendo remetido ao Congresso Nacional no mesmo ano. Na Câmara dos Deputados recebeu 1.063 emendas, logrando aprovação em 1984; e, no Senado Federal outras 332 lhe foram feitas, figurando como Relator Geral o Senador Josaphat Marinho.

O anteprojeto de lei resultou do trabalho de comissão nomeada pelo Governo em 1969, da qual faziam parte juristas de escol: foi presidida por Miguel Reale e composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

Na verdade, formou-se a comissão supra no sentido de serem revistos anteprojetos anteriores de mudança do Código Civil de 1916, elaborados por Orlando Gomes, que regularia as relações de famí-

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. "O direito do consumidor no liminar do século XXI". **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 2, abr./jun. 2000.

lia, direitos reais e sucessões, e Caio Mário da Silva Pereira que, juntamente com Sylvio Marcondes e Theóphilo de Azeredo Santos, redigiu o Anteprojeto do Código das Obrigações.

Note-se que desde 1969 já era patente a necessidade de reforma do diploma civil, o qual, promulgado no início do século XX, não mais traduzia a vontade social brasileira, passando por sensíveis mudanças ao longo dos anos.

Deve ser destacado que o Código Civil de 1916 espelhava os valores do século XIX, e funcionava como um sistema fechado, totalmente avesso às intervenções da jurisprudência, da doutrina e da realidade da população para o qual era destinado.

Com efeito, no século XIX ferviam os ideais da burguesia ascendente, vitoriosa sobre o sistema medieval de exagerada estratificação social, mostrando-se as codificações como reflexos desta era, tais como: a concepção individualista da vida em sociedade, a consagração dos princípios da igualdade e da liberdade e, ainda, como natural consequência dos dois primeiros, a noção individualista do contrato, máxima expressão da vontade dos participantes do negócio.

Cite-se, na oportunidade, a lição da Prof. Judith Martins Costa:

O Código afinal vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo - liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família - , a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar no campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.¹⁷

Desta forma, era o Código Civil de 1916 fiel à diretriz oitocentista, na medida em que a autonomia da vontade apresentava-se como a principal orientação em sede contratual, privilegian-

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

do a lei a concepção de sujeito de direito enquanto titular de um patrimônio. Despia-se o código de qualquer intervenção em prol da sociedade, e em prejuízo do indivíduo; como hoje faz o novel regime, onde estão assentados os princípios da função social do contrato e da propriedade.

Digna de nota é a observação de que no vetusto regime civil inexistia qualquer referência aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, hoje constitucionalmente consagrados.

Por certo, com o desenvolvimento da indústria e a produção em massa, o surgimento dos grandes grupos econômicos, a concentração de capital em mãos de poucos, o aumento e o empobrecimento da população, perceberam os operadores da lei que a concepção individualista causava, na verdade, um enorme desequilíbrio na prática dos negócios jurídicos.

Disciplinava a velha codificação civil as relações que julgava interessantes para o direito, via de regra as de natureza patrimonial, arvorando-se na pretensão de regulamentar minuciosamente todas, já que assegurava direitos ao nascituro e estabelecia disposições para depois da morte do sujeito, tais como o inventário e partilha de bens. Saliente-se que estas previsões legislativas eram absolutamente inflexíveis à ação dos operadores do direito, peculiaridade do sistema fechado abraçado pelo código. A rigidez deste sistema e a insuficiência do diploma civil para disciplinar as novas relações da vida em sociedade determinaram o aparecimento de diversas leis extravagantes, como por exemplo, a do divórcio e separação judicial, dos registros públicos, do loteamento e da locação de imóveis urbanos.

Presidida por Miguel Reale, que acabou por redigir integralmente a parte relativa ao Direito das Obrigações e Direito da Empresa em razão do falecimento de Agostinho Alvim e Sylvio Marcondes, a comissão elaboradora do anteprojeto do código percebeu que tal distância da realidade brasileira não mais poderia ser mantida.

O entendimento de que a legislação civil deveria estar em conformidade com a experiência social para, a partir dos fatos, agir sobre eles, demonstra, segundo a melhor doutrina, a concepção culturalista de Miguel Reale, que pretendeu elaborar um anteprojeto, para o futuro.

Na oportunidade, há de ser mencionado o entendimento do Prof. Gerson Luiz Carlos Branco:

O culturalismo enquanto corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia possui diversas formas de expressão e consequências evidentes na construção do conteúdo das ciências.

A consequência do culturalismo de Reale sobre as ciências é uma visão integrante do conhecimento, uma busca constante da relação entre o que é a realidade e o pensamento a respeito da própria realidade. A realidade é reconhecida como o resultado da ação do sujeito sobre o mundo, que ao mesmo tempo é atributiva de significado e que é determinada pela natureza.

A concepção culturalista de Reale nega a possibilidade de secção absoluta do conhecimento e a construção de sistemas puramente lógicos, motivo pelo qual é extremamente importante o conceito de história e a compreensão do homem como um ser que interage com o mundo e que tem "a consciência da funcionalidade indissolúvel" da relação que estabelece no ato de conhecer a realidade.

Em resumo, há consequências evidentes na forma como se vê o mundo e como é feita a sua descrição.

Porém, para Miguel Reale, a ciência não é meramente descritiva, mas também conformadora da realidade, porque o homem que conhece deixa de ser o homem que não conhecia e seus atos serão praticados de outra forma.

Por isso a ação de um culturalista sobre a realidade tem conotação carregada de significado, pois quando ele tem a oportunidade de agir sobre os fatos, o faz tendo em vista a sua concepção de cultura. (...)

É dos problemas do homem comum que Reale parte, e por isso as dúvidas que são apresentadas surgem como crítica ao dado e não como suposição a respeito da existência do que é. (...)

Essa breve introdução ao capítulo é necessária porque Miguel Reale foi e ainda é um homem de grande lucidez, e cada um

*dos artigos do novo Código Civil que sofreu a sua intervenção possui a sua marca, uma marca que não é mero reflexo de uma concepção em relação ao passado, mas a marca que uma grande mente quer deixar para o futuro, para o futuro do homem comum, que é quem traça os rumos da história.*¹⁸

E é o próprio Prof. Miguel Reale que afirma:

*Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria.*¹⁹

Em que pese a perspectiva de mudança, foi a Lei 10.406/02 tímida ao positivar soluções já consagradas pela doutrina e jurisprudência, como, por exemplo, a resolução do contrato por onerosidade excessiva; insistindo em manter institutos como a anticrese e a retrovenda.

As observações supra são confirmadas pela redação da Mensagem 160, de 1975, da lavra do Ministro da Justiça Armando Falcão, que encaminhou o Projeto de Código Civil ao Presidente da República Ernesto Geisel, citada pelo Prof. Clayton Reis em sua obra **Inovações ao Novo Código Civil**:

Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor Miguel Reale fundamenta e justifica a obra reali-

¹⁸ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁹ REALE, Miguel et al. **O Novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª ed. Campinas: Bookseller Editora Ltda., 2003.

zada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

.....
e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

.....
i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

.....
m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.²⁰

Mais uma vez é pertinente assinalar o entendimento do presidente da Comissão elaboradora do Anteprojeto:

É a razão pela qual costumo declarar que o Código Civil é "a constituição do homem comum", devendo cuidar de preferência das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinenti, a todas as inovações ocorrentes. Por tais motivos não há como conceber o Código Civil como se fosse a legislação toda de caráter priva-

²⁰ REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

*do, pondo-se ele antes como a "legislação matriz", a partir da qual se constituem "ordenamentos normativos especiais" de maior ou menor alcance, como, por exemplo, a lei das sociedades anônimas e as que regem as cooperativas, mesmo porque elas transcendem o campo estrito do Direito Civil, compreendendo objetivos e normas de natureza econômica ou técnica, quando não conhecimentos e exigências específicas.*²¹

Conservou o novo Código Civil a estrutura do ancião diploma ao dividir-se em parte geral e parte especial, com o fito de facilitar a comunicação entre as diversas partes da lei, permitindo que o intérprete aplicasse a solução de um setor para outro em que a mesma não houvesse sido originariamente pensada,²² contribuindo para a sua unidade.

Utilizou a legislação civil, como a consumerista, em diversos momentos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Rendeu-se aos argumentos de que o modelo casuístico, ou técnica da regulamentação por *fattispecie* anteriormente adotado, deixava de se apresentar eficiente para disciplinar a diversidade das relações jurídicas do século XX.

Há de ser mencionado o entendimento dos Profs. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito do conceito de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

17. Cláusulas gerais. Definição. Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, Privatrechtsgeschichte, parágrafo 25, III, 3). As cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, Einführung, Cap. VI, p.

²¹ REALE, Miguel et al. **O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. 1ª ed. Campinas: Bookseller Editora Ltda., 2003.

²² COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

120-121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allg. Teil*, parágrafo 3º, IV, n. 94, p. 82-83). Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.²³

Muito em comum possuem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas as hipóteses estará o magistrado diante de normas vagas, ou seja, as constituídas por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado.²⁴

Segundo a Prof. Judith Martins-Costa:

*Não se trata, aqui, de utilizar as "regras comuns de experiência" (CPC, art. 335), mas de utilizar as valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume).*²⁵

Citem-se como exemplos os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002:

²³ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. 1ª edição. São Paulo: RT, 2002.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Percebe-se que a própria norma encaminha o juiz para a função social do contrato e os princípios da probidade e boa-fé que a integrarão, os quais possuirão diferentes significados, considerando-se a época, o local, os costumes e a moral social da sua incidência.

Está o intérprete, pois, diante de uma cláusula geral que será aplicada em variadas hipóteses e por longo período sem que se modifique a sua redação.

Com efeito, na medida em que mudam as noções de função social do contrato, probidade e boa-fé com o decurso do tempo, os costumes e a moral social, pode o magistrado se reportar a valores do próprio sistema jurídico, ou a outros que lhe são exteriores, para chegar ao real significado destes princípios.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como já salientado no capítulo anterior, em muito se assemelham às cláusulas gerais, notadamente quanto às vantagens do seu emprego pelo legislador ao editar novas regras. Apresentam, no entanto diferenças, pois nestas a atividade criadora do juiz é muito maior, já que deverá analisar axiologicamente a norma, verificar a sua aplicação à espécie, imprimir efeitos ao ato praticado, ou, ainda, graduá-los, no caso de existir previsão legal.

Nos conceitos jurídicos indeterminados ocorre a subsunção do fato à hipótese normativa, ou seja, os conceitos formados por termos indeterminados integram sempre a descrição do fato em exame com vistas à aplicação do direito,²⁶ havendo, via de regra, expressa manifestação do legislador quanto às consequências do ato.

Um exemplo aclarará a hipótese.

O parágrafo único do art. 944 do Código Civil é redigido da seguinte forma:

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

No caso, deverá o julgador avaliar se ocorreu a excessiva desproporção aludida no dispositivo; em havendo a tipificação, reduzirá a verba reparatória. Nesta oportunidade, o artigo remete a outro critério valorativo, qual seja, a diminuição será feita eqüitativamente, obedecida a proporção entre a gravidade da culpa e o dano.

O magistrado avaliará a desproporção entre a culpa e o prejuízo e atenderá ao comando normativo, reduzindo eqüitativamente a indenização.

Diversamente ocorre nos arts. 421 e 422, em que o julgador deverá, inclusive, atribuir efeitos aos atos praticados em discordância com a norma, não se tratando apenas de adequação da hipótese fática à hipótese normativa.

O Prof. Menezes Cordeiro, citado pela Prof. Judith Martins-Costa, identifica três tipos de cláusulas gerais:

(...) de tipo restritivo, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual, inclusive a liberdade de se retirar injustificadamente da fase das tratativas negociais; de tipo regulativo, regulando, através de um princípio, todo um vasto domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa; e de tipo extensivo, por forma a ampliar uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária.²⁷

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Em que pese a grande vantagem da utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, não se poderia construir um corpo disciplinador das relações civis apenas com tal espécie de normas, face à insegurança jurídica que tal sistema causaria, razão pela qual valeu-se o anteprojeto também da casuística; na verdade, em muito maior proporção, fiel aos paradigmas que o nortearam e à tradição do nosso direito civil.

O presidente da comissão elaboradora do Anteprojeto, Prof. Miguel Reale, elucidou em palestra proferida na Academia Paulista de Letras os princípios incorporados no Código Civil de 2002:

(...) a eticidade, implicando a substituição do formalismo verificado no Código de 1916 por modelos hermenêuticos, de modo a permitir a contínua atualização dos preceitos legais, (...) e valores éticos como a boa-fé, os costumes e a função social dos direitos subjetivos; a socialidade, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuidando o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a operabilidade, estabelecendo soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação do Código, tais como a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, probidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (onerosidade excessiva).²⁸

Eticidade, socialidade e operabilidade são as marcas do Código Civil de 2002.

A eticidade está presente no novo diploma civil e, aliada aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, pretende que a conduta dos sujeitos de direito seja pautada por atitudes corretas (**correttezza**),

²⁸ Palestra proferida pelo Prof. Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29.11.2001.

leais e honestas, não se contentando apenas com a intenção dos agentes em praticar o ato segundo os ditames do Direito.

Com efeito, a eticidade impõe aos participantes do comércio jurídico o dever geral de colaboração, operando defensiva e ativamente; isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos.²⁹

O princípio da boa-fé contratual, expresso no art. 422, é dirigido a todo o tipo de avença e aplicado desde a fase pré-contratual até a sua conclusão, e ao momento pós-contratual.

A título de exemplo, merecem ser citados o art. 113, que determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; o art. 187, que diz cometer ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e o art. 128, que trata da eficácia da condição resolutiva.

O princípio da socialidade manifesta-se como exigência da vida contemporânea nos grandes centros urbanos, onde várias pessoas dividem a mesma habitação, refletindo no todo a conduta de uma só.

A visão individualista do Código Civil de 1916 já não mais era suficiente aos novos reclamos da sociedade brasileira, que necessitava de um diploma inibidor das ações contrárias aos seus interesses e que valorizasse a solidariedade social.

A socialidade encontra-se especialmente expressa nos arts. 421 (função social do contrato); 422 (interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão), assim como na função social da propriedade (art. 1228, parágrafo primeiro) e nas normas referentes à usucapião, reduzindo os prazos estabelecidos pela antiga legislação (arts. 1238, 1239 1240 e 1242).

Por fim, há a operabilidade. Manifesta-se tal princípio no cuidado da comissão em estabelecer, já na norma, soluções facilitadoras da sua interpretação e aplicação, notadamente quanto à precisão dos conceitos.

A hipótese mais marcante é, sem dúvida alguma, a distinção entre prescrição e decadência. O Código Civil de 1916

²⁹ COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

elencava em um só dispositivo prazos prescricionais e decadenciais.

O art. 206 do novo Código enumera os prazos prescricionais, sendo os decadenciais expressamente citados após a hipótese normativa prevista, como no art. 618.

Em que pese as inovações supramencionadas, sofreu o diploma civil de 2002 muitas críticas. Dentre elas, a do Prof. Luiz Edson Fachin, citado pelo Prof. Clayton Reis, que considerou o Anteprojeto inconstitucional:

(...) a análise do projeto realizada neste parecer permite concluir-se pela sua inconstitucionalidade, devido ao fato de privilegiar uma visão eminentemente patrimonialista, em detrimento da proteção à dignidade da pessoa humana. A inconstitucionalidade foi ressaltada a partir dos aspectos - não exaurientes - apontados no texto do Projeto.

(...) a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais, visando a sua emancipação. Nesse contexto, à luz do sistema Constitucional, o aspecto patrimonial, que era o elemento de maior destaque, é deixado em segundo plano. Não tem mais guarida Constitucional uma codificação patrimonial imobiliária, traço que marcou a edição do Código Civil de 1916.³⁰

O Prof. Gustavo Tepedino, da mesma forma, não poupou críticas ao Projeto do Código Civil de 2002, ao considerá-lo envelhecido, face à experiência constitucional dos últimos anos:

Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, cujo Projeto de Lei toma hoje o nº 118, de 1984 (nº 634, de 1975, na Casa de origem), que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente

³⁰ REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

envelhecido pelo passar dos anos, como se a reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes.

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disse, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar.

Valeu-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar.³¹

Caminhando em sentido oposto, disserta a Prof. Judith Martins-Costa, já a respeito do Código Civil de 2002:

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente - , passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.

Ora, sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural

³¹ TEPEDINO, Gustavo (Org). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000.

que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas, portadoras que são da especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhes reconhece. Por isso, afirma Reale, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, "muito avaro ao referir-se à equidade, à boa-fé, à probidade", é "ao contrário, pródigo em inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo".³²

O entendimento esboçado pelo Prof. Luiz Edson Fachin a respeito da inconstitucionalidade do Anteprojeto mostrou-se minoritário dentre os doutrinadores pátrios, que acabaram por optar pela interpretação da lei civil em conformidade com os princípios e normas constitucionais, destacando a importância do Código Civil de 2002, que trouxe visão inovadora, se comparada com a do ancião regime. Tal é a diretriz defendida pela Prof. Carmem Lúcia Rocha:

O único cuidado que me parece necessário atentar e promover de imediato com a lei nova é o que sustenta Pontes de Miranda, segundo o qual há que se haver com simpatia em relação a uma nova norma, porque com antipatia não se interpreta, combate-se. O que se há de buscar, parece-me, é que a nova legislação chegue a uma aplicação justa, que seja um instrumento competente para concretizar os melhores ideais de uma sociedade solidária e livre, tal como determina, em seus princípios fundamentais, a Constituição da República de 1988, sob a égide da qual sobrevém o novo Código Civil. Muda-se, sempre, em busca de aperfeiçoamento dos institutos e das instituições.³³

³² COSTA, Judith Martins, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

³³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. "Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, 2003.

3 - A Constituição Federal, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil

Como anteriormente demonstrado, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor cumpre missão constitucional, na defesa da parte mais fraca da relação consumerista, ao atender ao comando do art. 5º, inciso XXXII da Magna Carta.

Deu-se conta o legislador constitucional da vulnerabilidade do consumidor ao pactuar com empresas de muito maior poderio econômico; e, dando azo à promulgação do código consumerista, pretendeu equilibrar as partes envolvidas no negócio jurídico, diversamente do que ocorre com a legislação civil que, a princípio, pressupõe a igualdade dos participantes.

Neste passo, cumpre tecer considerações a respeito da tendência de publicização do Direito Civil, o que se mostra óbvio ao serem observados na Constituição Federal, por exemplo, o art. 5º, incisos V, XXVII, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII e art. 226, de nítido cunho privado.

Mais uma vez há de se retornar ao Estado liberal, onde as Constituições não regulavam matérias de ordem privada, limitando-se a prever a organização estatal e a definir os direitos individuais e políticos do cidadão. É relevante notar que mesmo estas Leis Maiores deixaram de ser consideradas imediatamente aplicáveis, dependendo sempre do legislador infra-constitucional para a produção de efeitos jurídicos concretos.

Modificou-se o status supramencionado com a adoção de instrumentos de controle da constitucionalidade, notadamente nos países europeus, e o surgimento do Estado Social, onde se operou significativa mudança no papel desempenhado pela Constituição, que passava a não apenas organizar o Estado e a garantir direitos individuais; efetuando verdadeiros programas a serem obedecidos pelo Poder Público, além de garantir direitos sociais e econômicos obrigatoriamente por todos observados.

Tiveram lugar nas Cartas Constitucionais matérias tradicionalmente deixadas para o direito privado, como por exemplo, as relativas ao direito de família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Inclu-

indo-se matérias desta ordem na Lei Fundamental de um país, quebrou-se a rígida distinção de outrora entre o público e o privado, fundindo-se ambos em um ordenamento comum.

Vencida a primeira resistência quanto à alocação de tais normas na Lei Fundamental, outra barreira deveria ser rompida.

Com efeito, boa parte da doutrina mencionava que as regras que disciplinavam matérias que não fossem referentes à organização estatal e à consagração dos direitos fundamentais seriam despidas de imediata aplicação por dependerem do legislador ordinário.

Cite-se o magistério do Prof. Daniel Sarmento:

*Diante deste fenômeno, o pensamento constitucional hegemônico não atribuiu caráter vinculante a toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Como ressaltou Ana Prata, segundo esta doutrina, "todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham um cariz não preceptivo, traduzindo-se num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa". Os demais mandamentos constitucionais, característicos das cartas sociais do século XX, eram vistos como "normas programáticas", desprovidas de aplicabilidade imediata e que por isso dependeriam da **interpositio legislaore** para deflagração de efeitos. Assim, a ampliação da Constituição pagou no primeiro momento um preço caro: a crise da sua juridicidade. Daí sedimentou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, lançando as últimas num verdadeiro "limbo" jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.* ³⁴

Em boa hora, a doutrina rebelou-se contra tal diretriz, defendendo os Profs. José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso a eficácia mínima das normas constitucionais, na medida em que, ao me-

³⁴ SARMENTO, Daniel. "A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

nos, influenciavam na interpretação e integração do ordenamento jurídico; vinculavam negativamente o administrador e o Poder Público, os quais não poderiam agir contrariamente às suas disposições, provocando, finalmente, a não recepção do direito anterior incompatível.³⁵

Na Europa, Konrad Hesse sustentou a eficácia imediata das regras civis-constitucionais, salientando que as normas constitucionais absorveriam mais facilmente as mudanças operadas na sociedade, por serem abertas, desempenhando o Direito Constitucional quanto ao Direito Privado as funções de garantia, orientação e impulso:

" La Ley Fundamental contiene, en primer lugar, condiciones para la efectividad real de importantes institutos jurídico-privados y los protege de una supresión o de un vaciamiento por medio de la Ley; ofrece así un aseguramiento de los fundamentos del Derecho Privado que éste por sí mismo no podría producir, de actualidad por ejemplo para las garantías de matrimonio y de la propiedad (...).

Junto com la preservación, el apoyo y la garantía del Derecho Privado preexistente y de sus fundamentos, corresponde al Derecho Constitucional una función de guía (...). El Derecho Constitucional reacciona em general com rapidez a los cambios de la realidad: gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rapidamente y más facilmente que el Derecho Privado. Debido a su influencia sobre el Derecho Privado, se convierte así en un medio para su desarrollo. De este modo puede actuar como motor de un cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico-privadas. " ³⁶

Digno de nota é o comentário do Prof. Pietro Perlingieri a respeito da legislação italiana, reconhecendo igualmente o fenômeno

³⁵ SARMENTO, Daniel. "A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

³⁶ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, S. A, 1995.

da constitucionalização do direito privado e, ainda, que a espinha dorsal do sistema jurídico de um país encontra-se na Constituição, irradiadora de todos os princípios, programas e normas para o legislador ordinário:

Ao lado do Código Civil de 1942, ainda em vigor com algumas modificações, cabe considerar o notável peso da legislação emanada posteriormente. Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no

*sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.*³⁷

Não passou o fenômeno despercebido pelos doutrinadores pátrios, sugerindo a Prof^a. Carmem Lúcia Silveira Ramos que fossem repensados os valores consagrados no ordenamento em face das novas exigências sociais:

Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocaram-se transformações fundamentais do sistema do direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).

Esta publicização do direito regulador das relações privadas, e a concomitante privatização das normas aplicáveis à atividade do Estado, tornou menos nítida, na ótica da ordem jurídica, a distinção entre direito público e privado, sendo fenômeno reconhecido, como regra, nos sistemas jurídicos romanistas atuais.

Envolve um fenômeno que objetiva, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e, por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, em que os padrões tradicionais foram drasticamente alterados, com a internacionalização das relações econômicas e sociais, obri-

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

*gando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo direito nesta fase de mutação.*³⁸

Há de ser feita menção, outrossim, ao pensamento da Prof^a. Cláudia Lima Marques a respeito do tema:

A igualdade entre todos os sujeitos de direito foi a base filosófica e política da Revolução Francesa e do resultante maior Código moderno, o Code Civil de 1804 da França. O próprio Miguel Reale identifica aqui o início (ou o modelo) do direito moderno. Os sujeitos civis (nobres e plebeus) têm os mesmos direitos e serão regulados por um só Código, uma só lei, a lei dos iguais.

*Sendo assim, constata-se que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional), e a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente, aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo).*³⁹

A inclusão do direito consumerista no rol dos direitos fundamentais constitui nítida manifestação de haver se tornado público o que antes era tido como liberdade de contratar, em razão da já mencionada vulnerabilidade do consumidor e da orientação constitucional humanística, que coloca em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, tendo em vista a prevalência das normas constitucionais em relação a todas as demais, sendo, na maior parte, cons-

³⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. "A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras". In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 p. 03-28.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

tituídas de cláusulas gerais, da opção pelo legislador constituinte de aí alocar normas tradicionalmente destinadas ao direito privado, pode-se dizer que atualmente é a Magna Carta o centro de todo o direito privado.

Logo, o ordenamento jurídico infra-constitucional deve se apresentar de acordo com as normas da Lei Maior, aí abrangidas aquelas referentes à legislação consumerista e civil.

Atendendo a Lei 8.078/90 a uma ordem constitucional, todas as regras concernentes às relações de consumo passaram a ser abrangidas por tal diploma, que deverá prevalecer se confrontado com outras que regulem a mesma matéria. Logo, na presença da relação consumerista, devem ser considerados a lei e os princípios específicos que a tratam, face ao disposto no art. 5º, XXXII da Constituição e art. 48 das suas Disposições Transitórias.

Segundo o Prof. Sergio Cavalieri Filho, com o advento da legislação do consumo, formou-se verdadeira sobreestrutura jurídica,⁴⁰ ou um microssistema, a ser sempre aplicado em havendo relação consumerista, que conviverá com a estrutura estabelecida pelo Código Civil, o qual, dentre outras matérias, tratará de estabelecer os requisitos e pressupostos de validade dos contratos em espécie que não digam respeito ao já citado microssistema.

Para o Prof. Sergio Cavalieri Filho, será a sobreestrutura sempre aplicada no caso da relação de consumo:

No meu entender, e não tenho dúvida disso, qualquer que seja a ordem jurídica existente, a sobreestrutura será sempre aplicável. Pode-se mudar a ordem jurídica, mas não se mudar a sobreestrutura; podem-se criar novos institutos, de acordo com aquilo que o legislador entender de colocar no Código, sem alterar ou atingir, entretanto, esses princípios que são previstos no Código do Consumidor e destinados especificamente à proteção do consumidor. Porque as normas do novo Código, repito, foram estabelecidas visando a uma outra realidade, tendo em vista uma igualdade entre as partes, ao passo que os prin-

⁴⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. "O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou Antinomias?" **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

*cípios do Código do Consumidor foram previstos com base na idéia de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de inferioridade. Então, é preciso tratar desigualmente os desiguais, para que eles se igualem.*⁴¹

O posicionamento do Prof. Sergio Cavalieri Filho mostra-se divergente daquele defendido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar.

Este jurista entende que, quanto às regras de conduta, em havendo previsão no novo Código Civil de matéria que envolva relação de consumo, tal como ocorre na prescrição para as ações de reparação de danos, a regulamentação da lei civil deve prevalecer, já que é lei mais recente do que a 8078/90, revogando-a nesta parte:

*No que tange às regras que enunciam condutas e suas consequências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.*⁴²

Divergindo do entendimento do Ministro, pugna a doutrina majoritária pela prevalência dos princípios e normas da lei do consu-

⁴¹ FILHO, Sergio Cavalieri. "O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou Antinomias?" **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. "O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência)". **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.

mo, estando caracterizada tal espécie de relação jurídica, já que umbilicalmente ligados a direito fundamental contido na Constituição.

O legislador brasileiro preferiu inserir o sistema de proteção ao consumidor na Constituição Federal, outorgando-lhe, pois, caráter constitucional. De forma diversa dispuseram a legislação italiana, que inseriu as normas protetivas ao consumidor no Código Civil, e a alemã, que alterou a parte geral do BGB para incluir os conceitos de consumidor e empresário, modificando, também a parte obrigacional, no que se refere às normas específicas sobre os contratos, aí havendo incorporado normas de proteção ao consumidor.⁴³

Em que pese a prevalência dos princípios e normas consumeristas na presença da relação jurídica de consumo, alguns pontos merecem ser resolvidos na convivência dos primeiros simultaneamente com os princípios e normas insertos no novo Código Civil.

Na atualidade, a maneira tradicional de se resolver o conflito de leis no tempo através dos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia não mais atende às vicissitudes da sociedade pós-moderna.

Certo é que o mundo pós-moderno convive com a pluralidade, com as diferenças, optando o legislador por respeitar a realidade e por editar normas que traduzem as diversas relações jurídicas hoje existentes.

Há algum tempo atrás, o próprio legislador dizia expressamente quais os textos que considerava revogados com a edição de uma nova lei. Agora, o intérprete deve fazer tal adequação.

O Código Civil de 2002 revogou expressamente apenas o antigo código de 1916 e a parte primeira do Código Comercial (Lei 556, de 25 de junho de 1850), nada mencionando a respeito dos demais diplomas. A Lei de Introdução ao Código Civil pouco ajuda a resolver a questão, pois estabelece que a lei posterior revogará a anterior quando expressamente o declara, regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior ou seja com ela incompatível.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

Diante das diferenças e da pluralidade das relações jurídicas que fazem parte da vida em sociedade, defende o Prof. Erik Jayme, mestre alemão sempre citado pela Prof. Cláudia Lima Marques, a convivência simultânea dos diversos diplomas legais através do "diálogo das fontes".⁴⁴

A Constituição Federal traça a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e possui no seu corpo normas de direito privado. Traça, pois, a Magna Carta as diretrizes fundamentais que deverão ser seguidas pela lei ordinária ao regular as relações jurídicas de cunho privado.

Já foi mencionado que o Direito do Consumidor tem origem no art. 5º, inciso XXXII da Carta, prevalecendo as suas normas na presença da relação consumerista.

Não se está querendo dizer que o Direito do Consumidor exclui sempre e em qualquer caso a norma civil, e nem tampouco que a norma civil jamais utilizará conceitos e princípios adotados pela legislação consumerista.

Na imagem construída pela Prof. Cláudia Lima Marques, a convivência entre as normas civis e consumeristas acontecem como em um edifício com duas entradas: uma entrada comum, utilizada por todos, situada na base do prédio, e a outra, com acesso direto à cobertura, com vista privilegiada.⁴⁵

A base é o direito civil, funcionando como entrada comum, utilizada por todos, e a cobertura é a legislação consumerista, à qual apenas alguns privilegiados têm acesso.

A cobertura não pode sobreviver sem a base. Desta forma, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não pode sobreviver sem a lei privada geral, eis que aí estão os conceitos fundamentais de todo o direito privado.

Quais os tipos de diálogo que podem ocorrer entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil?

Aqui mais uma vez são necessários os ensinamentos da Prof^a. Cláudia Lima Marques:

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. "Código de Defesa do Consumidor e Código Civil: superação das antinomias pelo diálogo das fontes". Palestra proferida na EMERJ em 18 de junho de 2004.

Em minha visão atual, três são os tipos de "diálogo" possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente;

*3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (...), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de double sens.⁴⁶*

A base conceitual do Direito do Consumidor, a "entrada comum", é fornecida pelo Direito Civil. Certo é que os conceitos e casos de nulidade absoluta, nulidade relativa, prescrição, decadência, pessoa física e jurídica, prova, as regras gerais quanto aos contratos de seguro, compra e venda, por exemplo, são todos fornecidos pelo Direito Civil e absorvidos pelo micro-sistema consumerista.

Entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor existe, outrossim, relação de subsidiariedade e complementariedade. O art. 7º da Lei 8.078/90, por exemplo, admite que o conteúdo de outras leis seja "incorporado" ao da consumerista, desde que mais favorável ao consumidor, o que pode perfeitamente ocorrer quanto aos prazos de prescrição.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

E, ainda, entre os dois supracitados diplomas há relação de influências recíprocas sistemáticas ou diálogo de coordenação e adaptação sistemática quando, por exemplo, determinadas conquistas jurisprudenciais do Direito do Consumidor são levadas ao Direito Civil e vice-versa como a interpretação da boa-fé objetiva, hoje positivada no direito geral e que foi aí utilizada por muito tempo em razão de construção dos Tribunais e graças à influência da Lei 8.078/90 não podendo ser olvidado o importante papel da jurisprudência na interpretação e concreção das cláusulas gerais.

Desta forma, convivem no ordenamento jurídico o Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Numa sociedade plural em que diversas leis podem ser aplicadas em um caso concreto, como realizar a interpretação e incidência corretas? Como saber se num contrato de compra e venda será aplicada a legislação civil ou consumerista?

Para se considerar a incidência do Código Civil ou do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é necessário voltar os olhos para os sujeitos e para a natureza da relação jurídica.

Como já se mencionou em outro momento da dissertação, a Constituição Federal determinou que o Estado promovesse a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) por achá-lo vulnerável; certamente, a parte mais fraca da relação jurídica.

Desta forma, em estando presente relação de consumo, incidirá a Lei 8.078/90.

Mas quando estará configurada a relação de consumo?

Quando estiverem presentes os atores descritos pelos artigos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, já que este diploma legal deixou de nominar os contratos que seriam por ele abarcados.

O conceito de fornecedor está insculpido no art. 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, definindo-se produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, e serviço como qualquer atividade fornecida

no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (art. 3º, parágrafos 1º e 2º).

A caracterização do consumidor exige maiores preocupações do intérprete. A Lei 8.078/90 considera consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a ele a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A dificuldade surge no conceito de destinatário final para a caracterização de consumidor e, a respeito, existem duas correntes: a finalista e a maximalista.

Para a corrente finalista, o destinatário final seria o destinatário fático e econômico do bem, seja pessoa física ou jurídica. Não bastaria a retirada do bem da cadeia de produção, seria necessário que não houvesse a aquisição do mesmo para revenda ou para uso profissional, empregando-o novamente na cadeia de produção. Exemplificativamente: se uma indústria adquirisse algodão para utilizá-lo na fabricação de tecidos, não seria considerada consumidora, visto que o algodão, matéria-prima, seria reutilizado na confecção do produto final.

Já para a corrente maximalista, bastaria que o consumidor, pessoa física ou jurídica, fosse o destinatário fático do produto, ou seja, bastaria que o consumidor retirasse o bem do mercado e o utilizasse, o consumisse. Para a corrente maximalista, por exemplo, a fábrica de tecidos supracitada seria considerada consumidora, visto que utilizaria o algodão para a produção de tecidos, retirando o bem do mercado com vistas à sua transformação.

A interpretação de destinatário final deverá ser realizada com base nos princípios e normas insculpidos tanto na Constituição Federal, como no Código de Proteção ao Consumidor.

Como anteriormente mencionado, a Lei 8.078/90 erigiu a defesa do direito do consumidor à categoria dos direitos fundamentais, buscando igualar os participantes da relação de consumo, naturalmente desiguais, face à vulnerabilidade de uma das partes.

A Prof^a. Cláudia Lima Marques considera a existência de três espécies de vulnerabilidade: a técnica, em que o comprador não

possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços; a jurídica ou científica, em que impera a falta de conhecimentos técnicos ou jurídicos específicos da matéria objeto da avença, e, ainda, a fática ou sócio-econômica, em que o outro contratante impõe o seu poderio econômico ou superioridade técnica a todos os que com ele acordam.⁴⁷

Desta forma, não se deve perder de vista a principal finalidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, qual seja, a de proteger a parte mais vulnerável da relação de consumo, considerada a vulnerabilidade nos três aspectos antes mencionados (art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90).

O conceito maximalista de destinatário final, na verdade, discrepa do sistema consumerista, na medida em que há possibilidade de o bem adquirido retornar à cadeia de produção, sendo novamente utilizado, mesmo que sob uma nova roupagem, resultando que todos os compradores de algum bem seriam considerados consumidores sem qualquer distinção, o que, por óbvio, foge ao espírito da lei especial.

Neste passo, merece destaque a ponderação do Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, para quem os bens adquiridos "devem ser bens de consumo e não bens de capital, havendo entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro."⁴⁸

Não deve ser esquecida a lição da Profª. Cláudia Lima Marques, que adota a corrente finalista, quanto ao conceito de consumidor:

Parece-me que "destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que uti-

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

liza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.

*(...) O destinatário final é o **Endeverbraucher**, o consumidor-final, o que retira o bem do mercado ao **adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)**, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (**destinatário final econômico**) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.*

***Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.** (grifos nossos) ⁴⁹*

Aplicar-se-á o Código de Proteção e Defesa do Consumidor quando este último retirar o bem de circulação para adquiri-lo ou utilizá-lo, colocando um fim na cadeia de produção. Da mesma forma ocorre em havendo contrato entre o fornecedor e o consumidor não-profissional e o fornecedor e o consumidor profissional, desde que a avença não vise o lucro e não esteja diretamente relacionada à sua atividade laborativa.

Relativamente à caracterização das pessoas jurídicas e dos profissionais que celebram contratos relativos ao seu labor como consumidores, deverá ser considerada a vulnerabilidade do contratante diante do caso concreto, cabendo à jurisprudência examiná-la e fazer as adequações devidas.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou o conceito finalista de consumidor em alguma das suas decisões:

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESTINATÁRIO FINAL. JUÍZO COMPETENTE. FORO DE ELEIÇÃO. DOMICÍLIO DO AUTOR.

Inserir-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva.

Estando a relação jurídica sujeita ao CDC, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor (Superior Tribunal de Justiça - 3ª Turma - RESP 488274/MG - Rel. Min. Nancy Andrighi).⁵⁰

Não devem ser olvidadas, outrossim, as noções de consumidor por equiparação, os quais deixariam de ser enfeixados no conceito finalista de consumidor mas que, em face de uma posição de vulnerabilidade diante dos fornecedores, podem ser atingidos ou prejudicados pela atividade dos mesmos, aí englobando-se pessoas físicas ou jurídicas, profissionais ou não.

A primeira noção de consumidor por equiparação está inserta no art. 2º, parágrafo único da Lei 8.078/90, norma genérica, aplicável a todos os capítulos e seções do código consumerista: "equiparar-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

Mostra-se nítido o exemplo de adquirentes de uma série de veículos da mesma marca, os quais apresentaram defeito de fábrica; consideram-se consumidores não apenas aqueles que efetivamente pagaram pelo veículo, mas, sim, a totalidade dos usuários que se viram diante dos automóveis defeituosos.⁵¹

⁵⁰ **Revista eletrônica de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília 23/06/2003. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 31 de março de 2004.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

Quer dizer o dispositivo, ainda, que os consumidores podem propor cada qual a sua ação indenizatória, permitindo, no entanto, que seja ajuizada uma única demanda passando-se, após a condenação, à liquidação dos danos específicos de cada comprador.

O art. 17, da Lei 8.078/90, referente à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, dispõe: "para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."

Conclui-se que basta ser vítima do dano relativo a fato do produto ou serviço, seja pessoa física ou jurídica, para que tenham lugar as normas consumeristas, rompendo-se a idéia da relatividade contratual. Neste passo, oportuna a menção à jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLOÇÃO DE LOJA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. VÍTIMAS DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDORES.

I - Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor."

II - Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial modalidade vício de qualidade por insegurança.

*Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - 3ª Turma - RESP 181580/SP - Rel. Min. Castro Filho).*⁵²

A legislação consumerista considera, ainda, consumidor por equiparação, todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas (art. 29, da Lei 8.078/90). Representa notável avanço, na medida em que podem ser aí enfeixados os que adquirem bens para recolocá-los na cadeia de produção, desde que vulneráveis, consoante o art. 29, da Lei 8.078/90.

Cumprе salientar que o citado artigo 29 da Lei 8.078/90 é dirigido aos capítulos V e VI do código consumerista, estando aí elencadas as disposições sobre práticas comerciais (oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastros de consumidores) e proteção contratual.

Exemplificativamente, devem ser mencionados os contratos celebrados entre instituição financeira e pessoa jurídica, em cujo conteúdo haja cláusulas abusivas e a obrigatoriedade de operações casadas, dentre outras.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor considera, pois, como sujeito de direito não apenas o sujeito individual, mas, também o sujeito de direito plural ao regular as lesões dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

No Código Civil, ao revés, prevalecem as lesões a direito individual.

Saliente-se, outrossim, que a natureza da relação jurídica deve ser observada para identificar se uma relação jurídica é de consumo ou civil.

O Código Civil não regulamenta relações jurídicas de consumo, e pouco faz referência às palavras consumidor e consumo (arts. 86, 307, 1.290 e 1.392; 206, 592 e 1011, parágrafo 2º).

Na verdade, há de se ter em conta o caráter funcional da relação jurídica e do contrato, aliado à atividade desempenhada pelo

⁵² **Revista eletrônica de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília 09/12/2003. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 31 de março de 2004.

sujeito, para a determinação da lei a incidir, consoante a Prof^a. Cláudia Lima Marques:

*Como afirmava Carvalho de Mendonça: "O Código Commercial, na coordenação de suas normas, destinou o primeiro lugar á pessoa do commerciante." A qualidade de commerciante era, então, o grande diferenciador. Hoje, une-se a este o status do contratante, a bem esclarecer a visão relacional, em que a presença de um leigo na contratação pode tornar uma relação que era comercial, pela presença de um empresário, em de consumo. A diferenciação maior, porém, advém do caráter finalístico da relação (em especial de consumo: consumidor é o destinatário final!). A matéria pode ser comercial, mas se a finalidade é de consumo, a relação é de consumo. Repita-se, do conjunto destas circunstâncias é que resultará a natureza da relação obrigacional dos contratos.*⁵³

Deverá, pois, o intérprete atentar para o caráter civil, empresarial ou consumerista da relação jurídica, além do sujeito, para identificar o principal diploma a ser considerado.

O Código Civil busca regular relações jurídicas entre iguais: entre empresários ou entre civis, inexistindo a presença de um "expert" e a conseqüente presunção de vulnerabilidade de uma parte.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor regulamenta a relação jurídica entre diferentes, entre o destinatário final dos produtos ou serviços e o fornecedor; e, atendendo ao disposto na Constituição, será aplicado com prevalência sobre a lei civil geral, nada impedindo o "diálogo das fontes" como anteriormente explicitado.

II - CONCLUSÃO

1) Possui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor origem constitucional, face ao disposto no art. 5º, inciso

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas". **Revista de Direito do Consumidor**. N. 45, 2003.

XXXII da Magna Carta, regulamentando direito fundamental;

2) A Lei 8.078/90 valeu-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ao reger as relações de consumo, sistema não abraçado pelo Código Civil de 1916;

3) O Código Civil de 2002 reflete a visão realista do Prof. Miguel Reale, o qual pretendeu atender às exigências sociais do seu tempo;

4) A lei civil de 2002 adotou, da mesma forma que a consumerista, o sistema das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, estando alicerçado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade;

5) O Código de Proteção e Defesa do Consumidor em razão da sua origem constitucional deve prevalecer, caso suas normas sejam confrontadas com aquelas que regulam a mesma matéria na legislação e operabilidade;

6) O Código Civil de 2002 poderá ser aplicado às relações de consumo se as suas disposições forem mais favoráveis do que as contidas no *codex* consumerista, servindo-lhe, ainda, de base conceitual. 